

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	INÉS EUGENIA SALDARRIAGA PULGARÍN
DEMANDADOS	COLPENSIONES y AFP COLFONDOS S.A.
RADICADO	05001-31-05-022-2018-00482-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Ineficacia del acto de traslado de régimen pensional
DECISIÓN	Adiciona y confirma

Medellín, veintiuno (21) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Estudiado, discutido y aprobado en sala virtual

Esta Sala asume la competencia en esta instancia, conforme a la regulación establecida por el Gobierno Nacional en el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 *“por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*; en concordancia con lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de Junio de 2020 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En consecuencia, conforme al trámite establecido en las citadas disposiciones, que habilitan el procedimiento de sentencia escrita, y cumplido el traslado a las partes en los términos reglados, procede la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín a proferir sentencia ordinaria

de segunda instancia dentro del presente proceso, promovido por la señora **INÉS EUGENIA Saldarriaga Pulgarín** en contra de **COLPENSIONES** y de la **AFP COLFONDOS S.A.**

La Magistrada Sustanciadora, **MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO**, declaró abierto el acto y a continuación, después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 027**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de COLPENSIONES, contra la sentencia que profirió el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Medellín, en la audiencia pública celebrada el día 22 de julio de 2020 y conocer dicha sentencia en Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones, de conformidad al artículo 69 del CPT y SS.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso, en síntesis, que la actora, quien nació el 6 de abril de 1962, se afilió al sistema general de pensiones el 29 de septiembre de 1986 y aportó un total de 340 semanas, y luego se trasladó a COLFONDOS S.A. a partir de junio de 1994, donde permanece actualmente.

Se duele, que el asesor de COLFONDOS S.A., no le brindó la información suficiente para haber tomado la decisión pertinente con la suficiente ilustración necesaria; y que, al contrario, le ocultaron información relevante, por lo que su decisión de afiliarse al RAIS se encuentra viciada de ineficacia.

Indicó que, con las proyecciones pensionales que le fueron presentadas, su pensión resulta ampliamente deficitaria en el RAIS con relación a la que le hubiere correspondido de haber permanecido en prima media.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial esta dirigida a que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad adelantada por COLFONDOS S.A., y que en consecuencia, se declare que la actora ha permanecido sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, y que se ordene a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES los aportes en pensiones realizados por la asegurada, incluidas cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, y a aquella entidad, recibir todos esos valores, activar su afiliación al régimen que administra, como si nunca hubiese dejado de pertenecer al mismo, y condenar a las demandadas al pago de las costas procesales del juicio.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

Una vez admitida la demanda, fue debidamente notificada, procediendo las accionadas a dar respuesta a la misma por intermedio de sus respectivos apoderados judiciales.

COLPENSIONES descorrió el traslado de esta acción, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de esta acción; indicó que no le constan los hechos de la demanda, y; propuso las excepciones perentorias que denominó *“INEXISTENCIA DE NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE RECONOCER LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE ACEPTAR EL TRASLADO POR EXPRESA PROHIBICIÓN LEGAL, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS y COMPENSACIÓN”*.

COLFONDOS S.A., por su parte, allegó contestación a la demanda, a través de la cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas; negó los hechos de la acción, salvo la afiliación, y; propuso las excepciones perentorias que denominó *“Inexistencia de obligación alguna frente a mi*

representada, no inversión de la carga de la prueba, no existió ningún vicio en el consentimiento al firmar su afiliación, la parte demandante incumplió su deber de informarse, la AFP Colfondos SA no es poseedora de los dineros que se encuentran en las cuentas de ahorro individual que administra, inexistencia de obligación legal de realizar cálculos comparativos y de aguardar dichos documentos, saneamiento de la nulidad”, entre otras.

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública celebrada el 22 de julio de 2020, el Juez de conocimiento accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la ineficacia de la afiliación, al advertir que COLFONDOS S.A. no cumplió con su carga probatoria de acreditar haber brindado asesoría suficiente a la demandante, por lo que le impuso a dicha entidad, la obligación de trasladar a Colpensiones el valor de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cuotas de administración, rendimientos generados y porcentajes descontados por garantía de la pensión mínima. A su vez, le impuso a Colpensiones la obligación de recibir las mencionadas sumas y, activar la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, y condenó en costas procesales a COLFONDOS S.A., en favor de la demandante.

VI. – RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la apoderada judicial de COLPENSIONES, quien solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, y lo sustentó expresando que, al tener en cuenta que Colpensiones es un tercero de buena fe, que no tuvo ninguna incidencia en la ineficacia que se dio en el traslado de régimen, y en aras de salvaguardar el principio de sostenibilidad financiera de la entidad, debe sancionarse a COLFONDOS S.A. imponiéndole la subrogación pensional de conformidad al artículo 133 de la Ley 1993, debiendo ser dicho fondo quien asuma el pago de la pensión de vejez en favor de la demandante, como si fuere

administradora del régimen de prima media con prestación definida, sin que se emita condena alguna en contra de COLPENSIONES.

Alegatos de Conclusión:

En la debida oportunidad procesal, la Dra. Bibian Yaneth Tobón Rios, con TP Nro. 332.930 del CSJ, apoderada judicial de COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión. A través de los mismos reiteró los argumentos jurídicos presentados en la alzada, insistiendo en la revocatoria de la sentencia de primera instancia, a partir de la figura de la subrogación pensional (artículo 133 Ley 100 de 1993), relevando de toda responsabilidad a Colpensiones, en aras de salvaguardar la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Teniendo en cuenta la anterior crónica procesal, se pasa a resolver de fondo, previas las siguientes

VII. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para regular la formación y desarrollo de la relación jurídica procesal, como son demanda en forma, Juez competente, capacidad para ser parte y comparecer al proceso se encuentran cumplidos a cabalidad en el caso objeto de estudio, lo cual da mérito para que la decisión que se deba tomar en esta oportunidad sea de fondo.

Naturaleza jurídica de la pretensión.- La Ineficacia en el traslado de régimen pensional.-

El objeto central de esta Litis, se extiende a los puntos objeto de inconformismo planteados por la apoderada judicial de COLPENSIONES; sin embargo, esta Sala se encuentra facultada para revisar todos los aspectos de la condena a Colpensiones relacionada con la declarada ineficacia de traslado de régimen pensional, en virtud de la competencia de que se dispone conforme al artículo 69 del CPT y SS., en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Partirá la Sala de establecer si el traslado del RPM al RAIS que realizó la demandante a través de COLFONDOS S.A. alcanzó o no a producir los efectos jurídicos respectivos.

Sea lo primero referir que la libre escogencia de régimen pensional y el traslado que en tal virtud se efectúe, teniendo movilidad entre del régimen de prima media con prestación definida, al de ahorro individual con solidaridad, tiene como presupuesto esencial, el absoluto conocimiento del asegurado sobre las consecuencias jurídicas que se puedan derivar de dicho cambio.

Más que simplemente tratarse del paso de un régimen de reparto que constituye un fondo público común, a un régimen fundamentado en el ahorro del propio del asegurado, el fondo privado que recibe a la persona trasladada, a través del agente adscrito a la administradora, debe garantizar al interesado una completa ilustración de las ventajas y desventajas que le representa en su caso concreto ese cambio. Y no se trata de una simple información o encuesta que se limite a indagar por los datos generales del afiliado, sino que debe corresponder a un examen real y profundo sobre todo su contexto laboral, familiar, económico e incluso social, de cara a la decisión que más convenga frente a los dos regímenes pensionales, en el marco del derecho a su libre elección.

De no realizarse esa antesala de asesoría, se afecta la eficacia y validez del acto de traslado, el cual será ineficaz, entendiéndose que el traslado nunca existió. Ello por cuanto, es de la propia esencia del acto de traslado, el suministro cabal y absoluto de toda la información, incluyendo el asesoramiento sobre todas las implicaciones pensionales y consecuencias que para el caso concreto pueden darse, ya que se trata de una decisión relevante de la cual depende el futuro pensional del asegurado.

Esto lleva a la Sala a subrayar, que las obligaciones de asesoría no fueron creadas por el Legislador a través de recientes normas, sino que desde

la propia concepción dualista de dos regímenes pensionales a través de la Ley 100 de 1993, se establecieron como de su propia esencia.

Así, la asesoría a cargo de la administradora, se erige en una obligación insoslayable, teniendo en cuenta la trascendencia e importancia de los efectos económicos que puede representar una decisión de tal naturaleza.

En términos generales, es preciso referir que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha venido desarrollando la tesis sobre la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, y luego de haber empezado a desarrollar una línea jurisprudencial desde el año 2008 (Sentencias SL 31.989 del 8 de septiembre de 2008), que fue decantando su posición a través del desarrollo de instituciones como *“el buen consejo”*, *“la inversión de la carga de la prueba”*, además de avanzar en la consolidación del concepto propio de la seguridad social, al pasar de entender que, más que tratarse de una simple nulidad, lo que se presentaba con la ausencia de información, era la Ineficacia, como sanción propia del acto jurídico en estos temas (Sentencias SL 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL 46.922 del 3 de septiembre de 2014, SL 19.447 del 27 de septiembre de 2017, y SL 17.595 del 18 de octubre de 2017), concluyó en una pacificada jurisprudencia (**sentencias SL 1452 del 3 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019**), que en la actualidad continúa manteniendo su mismo sentido (Sentencia SL 3199 de 2020 entre otras).

Esta línea jurisprudencial, parte de destacar, que el deber de información es ineludible; que existe y se hace exigible, desde la propia creación de los regímenes pensionales que introdujo la Ley 100 de 1993, sin importar que, si bien se han promulgado normas más recientes en las que se ha desarrollado el tema (numeral 1º del Artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el Artículo 23 Ley 795 de 2003; Artículo 9 de la Ley 1328 de 2009 y Decreto 2555 de 2010), se trata de una obligación que deriva de la propia Ley 100 de 1993, que promulgó la existencia de los dos regímenes pensionales, y el derecho a la libre elección en condiciones de imperiosa información y asesoría.

También ha quedado claro, que a nivel procesal, el tema se rige por condiciones probatorias que le imponen a la respectiva administradora de pensiones acreditar en el juicio que en cada caso concreto sí adelantó la respectiva asesoría; que el primer acto de voluntad es el que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en el traslado de régimen pensional, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se hubieren brindado a los asegurados, después de haber tomado la decisión inicial; que la simple suscripción de un formulario de traslado no denota un proceso serio y cabal de asesoría; no es necesario ni que el asegurado se encuentre ad portas de consolidar el derecho pensional, ni que necesariamente tenga que tener el beneficio del régimen de transición, y; que la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrada la formación del derecho a la pensión.

Es preciso, asimismo, tener en cuenta, que para la Sala de Casación Laboral (SL 1688 de mayo de 2019), *“a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*.

Esta postura es consecuente con los postulados que rigen en materia social, conforme a los cuales en el juicio jurídico sobre los derechos de los trabajadores y los afiliados a la seguridad social, resulta más relevante la realidad que los formalismos; la prescripción no opera en asuntos en los que se encuentra involucrado la formación del derecho a la pensión, y; el primer acto de voluntad que se juzga como determinante para la producción de efectos jurídicos en el traslado de régimen pensional, es el primero, sin que exista la posibilidad de saneamiento de la ineficacia, por asesorías posteriores que se le brinden al asegurado, después de haber tomado la decisión inicial, o por el hecho de que eventualmente exista movilidad entre varias administradoras pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que *“la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, por lo que un dato será relevante si es oportuno,*

es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad” (Sentencia CSJ SL 1688 de mayo de 2019).

A partir de lo anterior, pasa a desatarse la alzada conforme al...

CASO CONCRETO

Sea lo primero reseñar que, conforme a la prueba documental obrante en el expediente, se advierte que la señora INÉS EUGENIA SALDARRIAGA PULGARIN se afilió al sistema general de pensiones el 29 de septiembre de 1986 y aportó un total de 340 semanas, y luego se trasladó a COLFONDOS S.A. a partir de junio de 1994, donde permanece actualmente.

Revisadas en detalle las consideraciones del A quo para arribar a la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora, esta Sala encuentra que las mismas se encuentran ajustadas al sentido de la jurisprudencia nacional, y consultan las particularidades del caso, teniendo en cuenta que COLFONDOS S.A. no alcanzó a probar haber brindado asesoría con suficiencia a la demandante, en su proceso de traslado.

No puede pasarse por alto, que por el simple hecho que la actora haya suscrito un formulario de afiliación, ello equivalga a una completa asesoría conforme a las particularidades de su caso. Era obligación de COLFONDOS S.A. haber brindado la suficiente información y asesoría para que la asegurada hubiere tomado la decisión que más le conviniera a su futuro pensional.

Para la época del traslado de la demandante (año 1994), tal y como se refirió en precedencia, es evidente que eran exigibles estas obligaciones de asesoría, evidenciándose que la línea jurisprudencial en que se apoyó el A quo, y que esta Sala comparte, resultan completamente aplicables, siendo preciso concluir que el acto de traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual, a través de COLFONDOS SA, fue ineficaz, y no produjo los efectos jurídicos pertinentes.

Se trata de la configuración de una sanción de pleno derecho (ineficacia), que se atribuye a la falta de cumplimiento de las obligaciones profesionales de la administradora del régimen privado, al no haber suministrado la información y asesoría pertinentes, en la oportunidad procedente, y no en otra posterior.

Esta sala no puede acoger los argumentos de la apoderada judicial de COLPENSIONES en el sentido de que, se apliquen los efectos del artículo 133 de la Ley 100 de 1993 configurando la figura jurídica de la subrogación pensional como sanción a la AFP COLFONDOS S.A., y que ello lleve a que se imponga a dicha AFP el pago de la obligación pensional en favor de la demandante.

En primer lugar, en este caso aún no se ha causado la prestación económica pensional en favor de la demandante y no existe ninguna orden perentoria de pago pensional que se haya emitido en contra de Colpensiones, en segundo lugar, el principio de sostenibilidad financiera debe garantizarse a la administradora del régimen de prima media con prestación definida con la garantía de percepción de la cotización integral en el traslado de los recursos, como se expondrá a continuación, y; los alcances que el legislador dio a la figura jurídica de la subrogación pensional a través del artículo 133 de la Ley 100 de 1993 difieren sustancialmente de los cometidos a que pretende la recurrente que se aplique.

En efecto, la norma en cita contempla un supuesto de hecho aplicable a casos de omisión patronal en la afiliación en seguridad social, distintos a la hipótesis de la ineficacia en materia de afiliación. En este caso, nos encontramos frente a un tema de absoluta inexistencia producción de efectos jurídicos que el acto de afiliación y traslado estaba llamado a producir en el ejercicio del derecho a la seguridad social, y por ende, no puede imponerse a COLFONDOS S.A. el pago de una prestación bajo un régimen ajeno a su propia estructura financiera.

En consecuencia, al no acogerse los planteamientos de la apoderada judicial de COLPENSIONES en su recurso de alzada, la sentencia de primera

instancia **será CONFIRMADA**, entendiéndose para todos los efectos legales, que la señora INÉS EUGENIA SALDARRIAGA PULGARÍN, siempre ha pertenecido como afiliada a Colpensiones, sin solución de continuidad, tal y como lo declaró el juez de primera instancia.

Ahora, en virtud del grado jurisdiccional de Consulta y en aras de precisamente ocuparse de garantizar el principio de sostenibilidad financiera a Colpensiones, se hace menester revisar respectivamente la orden de devoluciones dada al fondo privado codemandado.

El juez de primera instancia ordenó a COLFONDOS S.A., trasladar a Colpensiones, el valor de la cuenta de ahorro individual de la señora INES EUGENIA SALDARRIAGA PULGARÍN, incluyendo cuotas de administración cobradas, rendimientos financieros y porcentaje de garantía de la pensión mínima. Sin embargo, omitiendo ser consecuente con los efectos absolutos de la declaratoria de ineficacia, el A quo se abstuvo de ordenar la devolución de las primas previsionales, de tal forma pretermitiendo la línea jurisprudencial establecida al respecto por el órgano judicial de cierre de esta jurisdicción.

No puede perderse de vista que el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (entre otras, sentencia del 29 de julio de 2020, SL 2877, Radicación 78.667, MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), ha recordado que *“la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida...”*.

Es intrascendente que COLFONDOS S.A. haya pagado esas sumas previsionales a unos terceros de buena fe y que dichas primas se hayan ejecutado desplegando su respectiva cobertura, en tanto COLPENSIONES no tiene por qué ver diezmada la cotización de la asegurada, cuando debe responder por una permanencia en el régimen, sin solución de continuidad.

En consecuencia, siendo consecuentes con el efecto de la declarada ineficacia, habrá de **ADICIONARSE** el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, a efectos de que COLFONDOS S.A., en el término de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, no solo devuelva los aportes, con sus rendimientos, las cuotas de administración y el porcentaje de garantía de pensión mínima, sino también las primas previsionales descontadas.

Costas procesales de segunda instancia.

En esta instancia, se han causado costas procesales, a cargo de COLPENSIONES, al resultar vencida en el recurso de apelación, y en favor de la señora INÉS EUGENIA SALDARRIAGA PULGARIN. Las mismas se fijan en valor de un salario mínimo legal mensual vigente para 2021 a cargo de dicha entidad.

VIII. - DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:


PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, que se conoce en Apelación y Consulta, en el sentido de que la orden de devolución dada en primera instancia a **COLFONDOS S.A.**, que deberá cumplirse dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, no solo comprenda el valor de la cuenta de ahorro individual de la asegurada, con sus rendimientos, cuotas de administración y porcentaje de garantía de pensión mínima, sino también las primas previsionales descontadas, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.


SEGUNDO: CONFIRMAR esa misma sentencia en todo lo demás.


TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar costas procesales de segunda instancia a la señora INÉS EUGENIA SALDARRIAGA PULGARÍN.
Agencias en derecho: 1 SMLMV para 2021 a cargo de dicha entidad.

CUARTO: SE ORDENA la notificación por estados de esta providencia, y se autoriza su reproducción virtual a las partes del proceso.

Los Magistrados:


MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
Magistrada


ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA
Magistrado


LUZ AMPARO GÓMEZ ARISTIZABAL
Magistrada

**EL SUSCRITO SECRETARIO DEL TRIBUNAL SUPERIOR
DE MEDELLÍN – SALA LABORAL - HACE CONSTAR**

Que la presente providencia se notificó por
estados N ° 088 del 24 de mayo de 2021.

Consultable aquí:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/125>